

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/175839>

Please be advised that this information was generated on 2020-11-23 and may be subject to change.

# ‘Je wist toch dat ik je bedonderde?’

## De verjaring van de vordering van de rechtspersoon op zijn bestuurder

*Mr. drs. B.M. Katan* \*

*Een frauderende bestuurder kan meer dan vijf jaar verborgen houden dat hij de rechtspersoon schade heeft toegebracht. Als zijn kennis geldt als die van de rechtspersoon, verjaart de rechtsvordering van de rechtspersoon op de bestuurder voordat iemand anders de fraude ontdekt. Maar volgens de auteur werkt het zo niet.*

### 1 Inleiding

Wanneer een bestuurder voor collega's verborgen houdt dat hij de rechtspersoon schade heeft toegebracht, is binnen de rechtspersoon niemand behalve hij (of zij) daarvan op de hoogte. Als de bestuurder van die schade persoonlijk een ernstig verwijt treft, is hij jegens de rechtspersoon in beginsel aansprakelijk. Indien op enig moment moet worden beoordeeld of de rechtsvordering van de rechtspersoon op de bestuurder is verjaard, kan de bestuurder zich dan jegens de rechtspersoon beroepen op zijn eigen bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon (art. 3:310 van het Burgerlijk Wetboek (BW))? Bezat mét hem ook de rechtspersoon de relevante kennis?<sup>1</sup> Die vraag beantwoord ik in dit artikel.

Ik zal het ernstig verwijtbaar veroorzaken van schade en het verborgen houden daarvan hierna ten behoeve van de leesbaarheid veelal aanduiden als ‘fraude’, maar het hoeft niet altijd te gaan om strafbare feiten of kunstgrepen. Ook het toe-eigenen van een *corporate opportunity* kan eronder vallen, evenals het bewust roekeloos veroorzaken van schade aan eigendommen van de rechtspersoon en het verzwijgen van het eigen aandeel daarin. De grondslag voor de vordering kan gelegen zijn in onbehoorlijk bestuur (art. 2:9 BW), maar ook in een ‘gewone’ onrechtmatige daad. Voor dat laatste is plaats wanneer de bestuurder niet heeft gehandeld in zijn hoedanigheid van bestuurder, maar bijvoorbeeld in zijn vrije tijd een ruit van de rechtspersoon heeft ingegooid.

Om maar meteen met de deur in huis te vallen: ik zou het onaanvaardbaar vinden indien de bestuurder die erin slaagt om de fraude meer dan vijf jaar verborgen te houden, zich er jegens de rechtspersoon op kan beroepen dat de rechtsvordering is verjaard. Dat spreekt echter niet vanzelf. Door het bestaan van de regeling inzake de verlenging van de verjaringstermijn (art. 3:320 jo. art. 3:321 lid 1 sub d BW, hierna ook: de verlengingsregeling) en de uitleg die de Hoge Raad daaraan geeft, zou namelijk de gedachte kunnen postvatten dat de wet dwingt tot de conclusie dat de rechtsvordering wel is verjaard. De onaanvaardbare gevolgen daarvan kunnen in individuele gevallen worden vermeden door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid toe te passen. Maar die toepassing veronderstelt dat de verjaring al is ingetreden. In mijn ogen is dat een misvatting. Dat zal ik in deze bijdrage toelichten.

Daartoe ga ik eerst nader in op de verlengingsregeling. Vervolgens bespreek ik het arrest Huisman q.q./Hoskens,<sup>2</sup> waarin deze problematiek aan de orde komt. Daarna zet ik uiteen waarom in mijn ogen de kennis van de bestuurder in geval van fraude niet heeft te gelden als de kennis van de rechtspersoon wanneer de bestuurder zich beroept op verjaring.

### 2 De verlengingsregeling

Voor de opvatting dat de rechtspersoon onwetend is van de fraude die zijn bestuurder pleegt, lijkt de wet op het eerste gezicht geen ruimte te bieden, althans niet in het kader van de verjaring. Deze opvatting brengt namelijk mee dat de rechtspersoon pas geldt als ‘bekend met zowel de schade als de aansprakelijke persoon’, wanneer een andere functionaris, die niet betrokken is bij het schadeveroorzakende handelen, daarmee bekend wordt. De vijfjarige verjaringstermijn van de rechtsvordering van de rechtspersoon tegen de bestuurder zou daarmee pas gaan lopen op het moment dat die andere functionaris de relevante kennis zou krijgen. Dit verhoudt zich slecht met artikel 3:321 lid 1 sub d BW, zoals hierna nog zal worden toegelicht.

Dit relatief onbekende wetsartikel vereist enige toelichting.<sup>3</sup> Artikel 3:321 lid 1 sub d BW bepaalt dat tussen rechtsperso-

\* Mr. drs. B.M. Katan is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift. De tekst van dit artikel is gebaseerd op par. 11.6 van de in april 2017 verschenen dissertatie Toerekening van kennis aan rechtspersonen (Serie Onderneming en Recht nr. 98), hierna: Katan 2017.

1. Ook de verjaringstermijnen voor rechtsvorderingen uit hoofde van onverschuldigde betaling (art. 3:309 BW) en tot ontbinding (art. 3:311 BW) starten pas na bekendheid van de schuldeiser met bepaalde feiten. Ten behoeve van de leesbaarheid refereer ik niet telkens ook aan die twee rechtsfiguren.

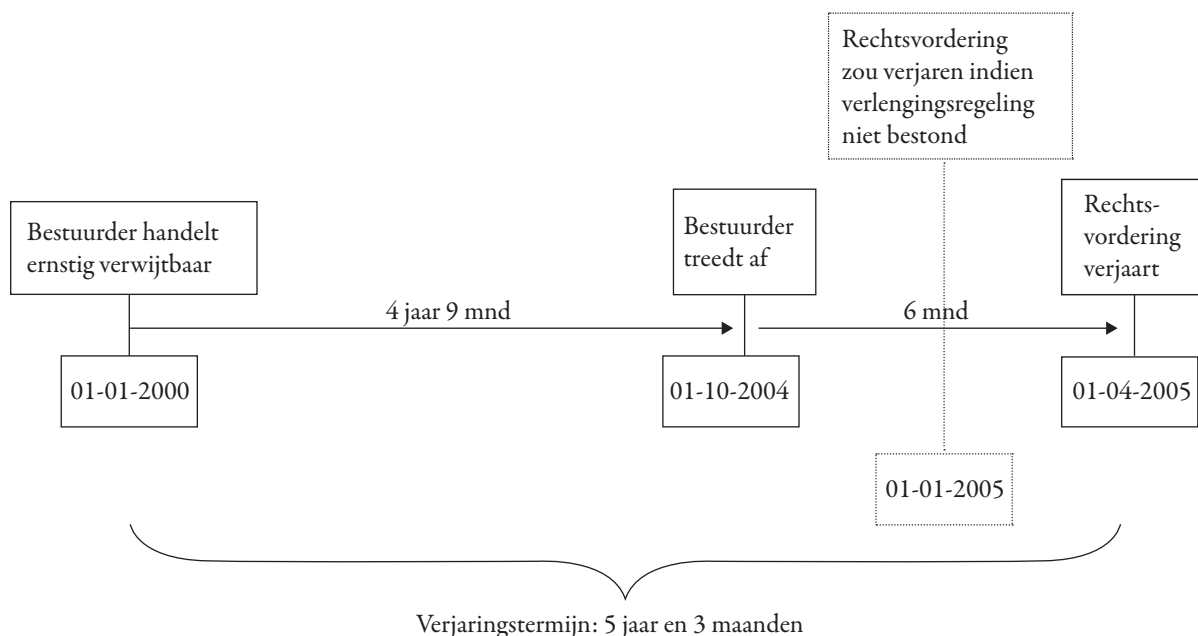
2. HR 4 mei 2012, JOR 2012/349 m.nt. Leijten.

3. Zie over deze onbekendheid, ook bij feitenrechtters, de noot van Leijten onder HR 4 mei 2012, JOR 2012/349 (Huisman q.q./Hoskens), nr. 7.

*Figuur 1 Verjaringstermijn zou aflopen vóór het verdwijnen van de verlengingsgrond*



*Figuur 2 Verjaringstermijn zou aflopen binnen zes maanden na het verdwijnen van de verlengingsgrond*



nen en hun<sup>4</sup> bestuurders<sup>5,6</sup> een grond bestaat voor verlenging van de verjaring. Zou een verjaringstermijn aflopen tijdens het bestaan van een verlengingsgrond of binnen zes maanden na het verdwijnen van een zodanige grond, dan loopt de termijn door totdat zes maanden na het verdwijnen van die grond zijn verstreken (art. 3:320 BW). Bij bestuurders van rechtspersonen verdwijnt de verlengingsgrond wanneer de bestuurder

defungeert.<sup>7</sup> Vanaf het moment van defungeren gaat dus een verlengingstermijn van zes maanden lopen, niet een reguliere verjaringstermijn van vijf jaar.

In figuur 1 en 2 is dit schematisch weergegeven.

Ik ga ervan uit dat de verlengingsgrond eindigt wanneer de bestuurder overstapt naar een andere functie binnen de rechtspersoon. Vanaf dat moment heeft de rechtspersoon zes maanden om een rechtsvordering in te stellen of de verjaring anderszins te stuiten. Diverse auteurs hebben betoogd dat zes

4. In de wet staat – taalkundig incorrect – ‘haar’ bestuurders.

5. Met Wezeman en Leijten ben ik van mening dat art. 3:321 lid 1 sub d BW, mede gezien art. 2:11 BW, analoog moet worden toegepast op indirecte bestuurders. Zie noot Wezeman bij HR 11 juni 1999, Ondernemingsrecht 1999/62 (Pluimveeslachterij), nr. 4 en noot Leijten onder HR 4 mei 2012, JOR 2012/349, nr. 9.

6. De tekst van art. 3:321 lid 1 sub d BW is beperkt tot bestuurders. Volgens Hartkamp en Sieburgh en Koopmann is de opsomming in art. 3:321 BW limitatief. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/430; M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (Monografieën BW, deel B14), Deventer: Kluwer 2010/34.1.

7. Zie HR 4 mei 2012, JOR 2012/349, r.o. 3.4.4 in verbinding met par. 3.2 van de concl. A-G.

maanden verlenging (veel) te kort is.<sup>8</sup> In het hiernavolgende ga ik uitsluitend in op de problemen die de verlengingsregeling kan veroorzaken als de bestuurder de relevante informatie voor zijn medebestuurders verborgen heeft gehouden. Andere bezwaren die tegen de verlengingsregeling zijn in te brengen, behandel ik niet.

De verlenging van de verjaring is in de plaats gekomen van de schorsing van de verjaring zoals die onder het oude BW bestond. Onder het oude BW werd de verjaring geschorst wanneer een schorsingsgrond opkwam, en ging de resterende termijn lopen wanneer de schorsingsgrond was verdwenen. Zou het huidige BW een schorsingsregeling kennen, dan zou, nu de rechtsvordering tot schadevergoeding niet bestond voordat de bestuurder in dienst was, na het defungeren van de bestuurder dus een volle verjaringstermijn van vijf jaar starten.<sup>9</sup> De totstandkomingsgeschiedenis van de verlengingsregeling vermeldt vrijwel geen discussie over de ratio en toepassing ervan. De Toelichting Meijers stelt niet meer dan dat het instituut van de schorsing zijn doel voorbijschiet, omdat gedurende de schorsingsperiode de verjaring niet doorloopt. Met verlenging van de termijn kan de wetgever volgens Meijers op eenvoudiger en billijker wijze hetzelfde doel bereiken.<sup>10</sup> De verlengingsgrond die bestaat tussen rechtspersonen en hun bestuurders wordt in de toelichting in één adem behandeld met de gronden onder b, c en e van artikel 3:321 lid 1 BW (de wettelijk vertegenwoordiger en de onbekwame, de bewindvoerder en de onder bewind gestelde, respectievelijk de beneficiair aanvaarde nalatenschap en een erfgenaam). Dit zijn, aldus de Toelichting Meijers:

‘alle gevallen, waarin een vertegenwoordiger voor iemand optreedt en hij alleen de rechtsvorderingen voor degene, die hij vertegenwoordigt, kan instellen. Als tijdens deze vertegenwoordiging rechtsvorderingen tussen de vertegenwoordigde en de vertegenwoordiger niet worden geldend gemaakt, dient de verjaring zijn bevrijdende werking niet te kunnen uitoefenen.’

Meer toelichting wordt in de parlementaire geschiedenis niet gegeven. Leijten merkt terecht op dat de in het citaat genoemde ratio niet opgaat bij een meerhoofdig bestuur van een NV of BV.<sup>11</sup> Daar is in beginsel iedere bestuurder zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd (art. 2:130 lid 2 BW/art. 2:240 lid 2

BW), zodat ook andere bestuurders namens de rechtspersoon een rechtsvordering kunnen instellen tegen de bestuurder in kwestie.<sup>12</sup> Niettemin wordt ook in geval van een meerhoofdig bestuur de verjaringstermijn verlengd. De ratio daarvoor zou kunnen zijn dat bestuurders, ter voorkoming van de verstoring van de onderlinge verhouding, elkaar soms de hand boven het hoofd zullen houden. Anders dan bij niet van tafel en bed gescheiden echtgenoten (art. 3:321 lid 1 sub a BW) is een overweging over de verstoring van verhoudingen in de parlementaire geschiedenis van artikel 3:321 lid 1 sub d BW echter niet te vinden.<sup>13</sup>

### 3 Huisman q.q./Hoskens

De verlengingsregeling veronderstelt dat de verjaringstermijn gaat lopen zodra de bestuurder kennis krijgt van de schade en de aansprakelijke persoon, ook als hij zelf die aansprakelijke persoon is. Dit heeft de Hoge Raad geoordeeld in Huisman q.q./Hoskens.<sup>14</sup> In die zaak was curator Huisman bijna vijf jaar na de faillietverklaring op grond van artikel 2:9 BW een procedure begonnen tegen bestuurder Hoskens. De curator vorderde vergoeding van schade die Hoskens meer dan tien jaar voor de faillietverklaring aan de vennootschap zou hebben toegebracht door de vennootschap onrechtmatig te laten handelen jegens een derde. De curator stelde dat de verjaringstermijn pas was gestart op het moment dat hij zelf bekend raakte met de vordering van de rechtspersoon op de bestuurder.<sup>15</sup> Dat standpunt kwam in zekere zin overeen met een oordeel van het Hof Leeuwarden uit 2009 in een andere zaak.<sup>16</sup> Daarin had het hof geoordeeld dat de vennootschap, ondanks de wetenschap van haar bestuurder, niet werkelijk in staat was een vordering in te stellen, nu de bestuurder bij dat laatste geen belang had. Het hof verwees daarbij naar de jurisprudentie van de Hoge Raad sinds Saelman/VU, waaruit volgt dat de verjaringstermijn voor een rechtsvordering tot schadevergoeding pas gaat lopen wanneer de gelaedeerde daadwerkelijk in staat is tot het instellen van een rechtsvordering.<sup>17</sup> Deze juris-

8. C.J.H. Brunner, *Verjaringsrecht in de knoop*, RMThemis 2001, afl. 8, p. 248; R.P.J.L. Tjittes, *Bevrijdende verjaring: van rechtszekerheid naar billijkheid*, WPNR 2002/6472, p. 61; J.E. Soeharno, *Verlenging van verjaring ex art. 3:320 BW: eenvoudiger maar niet noodzakelijk billijker*, MvV 2012, afl. 9, p. 269; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/428; W.J.M. van Andel, *De regeling van verjaring van vorderingen tegen wanpresterende bestuurders deugt niet*, TvI 2014/9.

9. Hierover: Van Andel 2014.

10. C.J. van Zeven & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien*. Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen, Deventer: Kluwer 1981, p. 937. Wat dit doel is, vermeldt de Toelichting niet.

11. JOR 2012/349, nr. 3 van de noot van Leijten.

12. Bij verenigingen en stichtingen is gezamenlijke vertegenwoordiging het uitgangspunt (zie art. 2:45, 2:53a en 2:292 lid 2 BW). Zolang meer dan één bestuurder niet tevens jegens de rechtspersoon aansprakelijk is, kan de rechtspersoon de aansprakelijke bestuurder aanspreken, vertegenwoordigd door de niet-aansprakelijke bestuurders.

13. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/428: de wetgever wilde niet dat het aflopen van een verjaringstermijn de goede verstandhouding tussen de echtgenoten in gevaar zou brengen.

14. HR 4 mei 2012, JOR 2012/349.

15. De curator verwoorde het iets minder nauwkeurig. Hij stelde dat de verjaringstermijn gaat lopen ‘op het moment dat de curator kennis neemt van een mogelijke vordering’.

16. Hof Leeuwarden 27 januari 2009, JOR 2009/101 (Havestaete/Alfa), r.o. 10. Een vergelijkbaar oordeel ligt besloten in Hof Arnhem 11 oktober 2005, JOR 2005/294 (Bruil-Kombex), r.o. 4.11; de Hoge Raad heeft het daartegen gerichte cassatiemiddel niet behandeld; zie HR 29 juni 2007, NJ 2007/420. Zie ook Rb. Breda 8 juli 2009, NJF 2009/376 (!Go), r.o. 3.5, waarin werd geoordeeld dat een vennootschap pas kennis kreeg van de door de bestuurder gepleegde fraude toen de voorzitter van de rvc daarmee bekend was geworden.

17. HR 31 oktober 2003, NJ 2006/112 (Saelman/VU). Het Hof Leeuwarden verwijst naar HR 26 november 2004, NJ 2006/115 (Bosman).

prudentie kon curator Huisman echter niet baten.<sup>18</sup> Het Hof Arnhem oordeelde in de zaak tegen Hoskens dat de vennootschap uiterlijk kennis had gekregen van de schade en de aansprakelijke persoon op het moment dat de vennootschap door de derde aansprakelijk was gesteld. Dat was circa acht jaar voor de faillietverklaring. De rechtsvordering was daarom verjaard, aldus het hof. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand, overwegende:

‘Het hof hoefde zich van zijn oordeel (...) niet te laten weerhouden door de positie van Hoskens als bestuurder van CFT, nu art. 3:321 lid 1, aanhef en onder d, in verbinding met art. 3:320 BW voor deze omstandigheid een regeling geeft die toepasselijkheid van de in het algemeen geldende verjaringsregels veronderstelt.’<sup>19</sup>

De ‘in het algemeen geldende verjaringsregels’ houden volgens de Hoge Raad in, zo leid ik uit bovenstaand citaat af, dat de verjaringstermijn in elk geval gaat lopen op het moment dat de bestuurder van de vennootschap bekend wordt met de schade en de aansprakelijke persoon.<sup>20</sup> Het probleem dat de bestuurder niet namens de vennootschap een vordering tegen zichzelf zal instellen, wordt in deze redenering – bij uitsluiting – ondervangen door de verlengingsregeling van artikel 3:321 lid 1 sub d jo. art. 3:320 BW.

#### 4 De implicaties van Huisman q.q./Hoskens

In Huisman q.q./Hoskens ligt besloten dat de verjaringstermijn aanvangt met de kennis die de bestuurder heeft over de schade en zichzelf als aansprakelijke persoon. Dit kan onwenselijke gevolgen hebben. Slaagt de bestuurder erin om de relevante informatie vijf jaar lang en vervolgens (maximaal) zes maanden na zijn aftreden verborgen te houden, dan zou de rechtsvordering van de rechtspersoon op de (dan inmiddels ex-)bestuurder verjaren voordat de rechtspersoon überhaupt een reële kans heeft gehad om die in te stellen. Dat acht ik onaanvaardbaar. De rechtspersoon waarvan de bestuurder erin slaagt om informatie meer dan vijf jaar verborgen te houden, zou wat mij betreft ook niet feitelijk maximaal een termijn van zes maanden moeten krijgen om een rechtsvordering in te stellen of te stuiten. Bij alle andere schuldenaren hebben partijen vijf jaar de tijd vanaf het moment dat zij daadwerkelijk in staat zijn een rechtsvordering in te stellen. De verjaringstermijn zou pas moeten starten wanneer een ander binnen de rechtspersoon bekend raakt met zowel de schade als de aansprakelijke persoon. Die ander kan een medewerker zijn die zelf bevoegd is om maatregelen te treffen naar aanleiding van zijn kennis, bijvoorbeeld door het schrijven van een stuitingsbrief namens de rechtspersoon, maar ook een medewerker tot wiens taak

het mag worden gerekend om dergelijke informatie door te geleiden naar de bevoegde persoon.

Het beroep op verjaring kan aan de ex-bestuurder worden ontzegd op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW). In geval van verzwegen informatie vind ik het echter dogmatisch juist en meer rechtszekerheid bieden indien de kennis van de bestuurder niet geldt als de kennis van de rechtspersoon. Mijns inziens is dat ook te verenigen met Huisman q.q./Hoskens. Dat licht ik hierna toe.

#### 5 Mijn benadering: kennis bestuurder niet toerekenen aan de rechtspersoon

Het toerekenen van kennis is in wezen niets anders dan het toekennen aan de wederpartij van een beroep op de wetenschap van een functionaris van de rechtspersoon.<sup>21</sup> Beoordeeld moet worden of in de gegeven omstandigheden de wetenschap van die functionaris naar verkeersopvattingen heeft te gelden als kennis van de rechtspersoon.<sup>22</sup> Naar verkeersopvattingen behoort de bestuurder jegens de rechtspersoon geen beroep toe te komen op zijn eigen verzuim om naar aanleiding van zijn kennis over de fraude maatregelen te treffen. De gepaste maatregel zou zijn: het namens de rechtspersoon instellen van een eis tegen hemzelf of het anderszins stuiten van de verjaring. De bestuurder behoort zich jegens de rechtspersoon er evenmin op te kunnen beroepen dat hij die informatie niet heeft doorgeleid naar een andere functionaris die bevoegd was om namens de rechtspersoon maatregelen te treffen. De bestuurder wist, als wederpartij, bij uitstek dat de kennis over de schade en de aansprakelijke persoon niet op de juiste plek terecht zou komen, zolang hij er zelf niet voor zou zorgen dat dat gebeurde. In die omstandigheden heeft de kennis van de bestuurder naar verkeersopvattingen niet te gelden als de kennis van de rechtspersoon, maar alleen als kennis van de bestuurder zelf, in zijn hoedanigheid van wederpartij van de rechtspersoon. Ik vind deze benadering het best aansluiten bij de realiteit. De realiteit is dat de rechtspersoon niet feitelijk in staat is een rechtsvordering tegen de bestuurder in te stellen, zolang niemand anders binnen de rechtspersoon van het schadeveroorzakende handelen op de hoogte is. In mijn opvatting is toerekening de toedeling van een risico, in dit geval van het risico dat de bestuurder naar aanleiding van zijn kennis niet de vereiste maatregelen treft. Dit risico hoort bij de bestuurder te liggen, niet bij de rechtspersoon. De kennis van de bestuurder over zijn eigen fraude zal in relatie tot een derde weliswaar gelden als kennis van de rechtspersoon, maar niet in de relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon.

Mijn benadering is op het eerste gezicht echter moeilijk te verenigen met Huisman q.q./Hoskens. In dat arrest ligt nu eenmaal besloten dat de verjaringstermijn aanvangt met de kennis

18. Uit het arrest zoals dat is gepubliceerd (in RvdW 2012/693 is ook het cassatiemiddel gepubliceerd), is overigens niet af te leiden dat de curator uitdrukkelijk een beroep op die jurisprudentie heeft gedaan.

19. HR 4 mei 2012, JOR 2012/349, r.o. 3.4.3.

20. De Rechtbank Midden-Nederland leidt in de Landis-zaak eveneens uit Huisman q.q./Hoskens af dat de kennis van de bestuurder wordt toegerekend aan de rechtspersoon; Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, JOR 2013/237, r.o. 5.10.

21. Zie daarover in meer detail Katan 2017, par. 3.5.

22. Zie voor deze maatstaf HR 11 mei 1990, NJ 1990/544 (Los Gauchos), HR 11 maart 2005, NJ 2005/276 (Idee 2) en HR 11 november 2005, NJ 2007/131 m.nt. Vranken (Ontvanger/Voorsluijs).

die de bestuurder heeft over de schade en zichzelf als aansprakelijke persoon. De Hoge Raad lijkt bij zijn oordeel in Huisman q.q./Hoskens bovendien te hebben meegewogen dat de rechtspersoon geen daadwerkelijke kans had om een rechtsvordering in te stellen. Dat kwam niet aan de orde in verband met enige verzwijging door de bestuurder, maar wel in verband met het feit dat men nu eenmaal niet kan verwachten dat een bestuurder de rechtspersoon een vordering tegen hemzelf zal laten instellen. De Hoge Raad overwoog uitdrukkelijk dat het hof, juist wegens het bestaan van de verlengingsregeling, zich niet door de positie van Hoskens als bestuurder van CFT hoefde te laten weerhouden van zijn oordeel dat CFT acht jaar vóór het faillissement al daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering tot verhaal van schade in te stellen tegen Hoskens.<sup>23</sup> Met andere woorden: uitgangspunt van de wet is volgens de Hoge Raad dat ook wanneer volstrekt onrealistisch is dat de bestuurder de rechtspersoon een rechtsvordering tegen hemzelf zal laten instellen, de rechtspersoon daartoe wel daadwerkelijk in staat is. Nu biedt de wetsgeschiedenis de Hoge Raad op dit punt ook niet veel ruimte. Uit de hiervoor geciteerde Toelichting Meijers blijkt dat de verlengingsregeling bedoeld is om het probleem te ondervangen dat een vertegenwoordiger niet geneigd zal zijn om namens de vertegenwoordiger een rechtsvordering in te stellen tegen zichzelf.

Aan het verborgen houden van informatie door de bestuurder lijkt bij de totstandkoming van de verlengingsregeling echter niet te zijn gedacht. Er is in elk geval geen aandacht aan besteed. Er kan dus niet worden gezegd dat het de (uitdrukkelijke) bedoeling van de wetgever was om voor dat geval een regeling te treffen met artikel 3:320 jo. art. 321 lid 1 sub d BW. Integendeel: met het introduceren van de verlengingsgrond van artikel 3:321 lid 1 sub f BW heeft de wetgever juist willen voorkomen dat een schuldenaar die het bestaan van de schuld verborgen houdt, kan profiteren van de verjaring van de rechtsvordering van de schuldeiser.<sup>24</sup> Van belang is verder dat in de zaak die in Huisman q.q./Hoskens aan de orde was, geen informatie verborgen lijkt te zijn gehouden voor de rest van de organisatie. De schade die de curator op Hoskens trachtte te verhalen, vloeide voort uit de veroordeling van de vennootschap en Hoskens in de door een derde aanhangig gemaakte procedure. Het feit dat de rechtspersoon gedaagde is in een gerechtelijke procedure zal doorgaans binnen de organisatie niet geheim blijven. De Hoge Raad hoefde het verborgen blijven van informatie dan ook niet in zijn oordeel te betrekken.

Daar komt bij dat de verlengingsregeling weliswaar de toepasselijkheid veronderstelt van de in het algemeen geldende verjaringsregels, maar de in het algemeen geldende verjaringsregels

bepalen niet wiens kennis onder welke omstandigheden heeft te gelden als kennis van de rechtspersoon. In mijn opvatting van toerekening van kennis aan rechtspersonen kan het in specifieke omstandigheden zo zijn dat de kennis van een bestuurder niet heeft te gelden als kennis van de rechtspersoon. Het feit dat de bestuurder zijn schadeveroorzakende gedragingen verborgen houdt voor de rechtspersoon, is bij uitstek een dergelijke specifieke omstandigheid.<sup>25</sup> Dit wordt geïllustreerd door een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 28 januari 2014.<sup>26</sup> Het betrof een frauderende statutair bestuurder van Mondial Milk BV. Het hof moest onder meer beoordelen of de bestuurder schadevergoeding aan Mondial Milk verschuldigd was. Het hof verwierp het beroep van de bestuurder op verjaring van de rechtsvordering tot schadevergoeding, oordelend dat Mondial Milk pas eind augustus 2005 op de hoogte was geraakt van de gedragingen van de bestuurder, terwijl Mondial Milk haar eis tot schadevergoeding had ingesteld in 2007.<sup>27</sup> De bestuurder pleegde de feiten deels al in 2000. De persoon die de fraude lijkt te hebben ontdekt (het arrest biedt hierover geen volledige duidelijkheid<sup>28</sup>), is de toenmalige medebestuurder.

Het niet-toerekenen van de kennis van de frauderende bestuurder aan de rechtspersoon dient wat mij betreft in geval van verzwijging door die bestuurder overigens niet *in de plaats* te komen van de verlengingsregeling. De verlengingsregeling blijft nodig in het geval een andere bestuurder al enige tijd beschikt over aanwijzingen voor de fraude, maar deze bijvoorbeeld wegens de dominante positie van de frauderende bestuurder of de moeilijkheid van het ongezien doen van nader onderzoek niet aan de kaak heeft gesteld zolang de frauderende bestuurder nog in functie was.

## 6 Of toch de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid?

De meest voor de hand liggende alternatieve benadering van de hier besproken problematiek is dat het beroep van de bestuurder op verjaring wordt verworpen op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze benadering veronderstelt dat de eigen kennis van de bestuurder over schade en aansprakelijke persoon wel wordt toegerekend aan de rechtspersoon en dat de rechtsvordering is verjaard. Deze tussen bestuurder en rechtspersoon op grond van

23. HR 4 mei 2012, JOR 2012/349, r.o. 3.4.3.

24. Deze verlengingsgrond vindt echter – logischerwijs – geen toepassing bij verjaringstermijnen die starten op het moment dat de schuldeiser bekend wordt met het bestaan van een aanspraak. Zie Koopmann 2010/34.2 en vgl. Hof 's-Hertogenbosch 24 juli 1997, r.o. 4.4.2, kenbaar uit HR 11 juni 1999, NJ 1999/586.

25. Een andere dergelijke omstandigheid kan zijn dat de relevantie van de informatie waarvan de bestuurder kennis heeft genomen, alleen kan worden herkend door iemand met een bijzondere (technische) expertise. Indien de bestuurder niet kan worden geacht de relevantie te hebben ingezien, kan de rechtspersoon niet worden verweten dat hij naar aanleiding van de informatie geen actie heeft ondernomen.

26. Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:164 (Mondial Milk).

27. Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:164, r.o. 8.3.1 (onverwijld opzegging), resp. r.o. 8.9.1 (verjaring). Uit het arrest blijkt overigens niet dat de aangesproken bestuurder een beroep heeft gedaan op Huisman q.q./Hoskens.

28. Het hof slaat in het bijzonder acht op de kennis die de medebestuurder had; zie r.o. 8.3.2. Voor het overige heeft het hof het over kennis van 'Mondial Milk', zonder een individu of orgaan te noemen.

de wet geldende regel (verjaring) is echter niet van toepassing, omdat verjaring in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:2 lid 2 BW). Hoewel de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid terughoudend moet worden toegepast, lijkt mij daarvoor zonder meer plaats.<sup>29</sup> Het is immers de debiteur zelf die heeft verhinderd dat de relevante kennis terechtkwam bij een andere functionaris van de rechtspersoon. Daarmee heeft hij er in feite voor gezorgd dat de rechtspersoon buiten staat was om een rechtsvordering tegen de bestuurder in te stellen. Het feit dat de rechtspersoon niet eerder een rechtsvordering heeft ingesteld, is uitsluitend of in overwegende mate te wijten aan de bestuurder. Het is onterecht indien de bestuurder van deze door hem gecreëerde situatie zou profiteren. De bestuurder diende er in die omstandigheden bovendien rekening mee te houden dat hij mogelijk pas jaren na zijn vertrek zou worden aangesproken door de rechtspersoon, omdat de fraude pas dan boven tafel zou komen.

Voor deze benadering spreekt dat die relatief eenvoudig is toe te passen en aansluit bij het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Leukemie.<sup>30</sup> In die zaak stond in cassatie vast dat de kennis van een verzekeringsagent over de ziekte van de aspirant-verzekerde gold als kennis van de verzekeraar. De ziekte was echter niet vermeld op het aanvraagformulier dat de agent had gestuurd aan de acceptatieafdeling van de verzekeraar. Volgens de Hoge Raad zou het beroep van de verzekerde op de bij de verzekeraar bestaande kennis naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn voor zover de aspirant-verzekerde zich had behoren te realiseren dat de acceptatieafdeling op het verkeerde been werd gezet.

In het geval van de frauderende bestuurder heeft het echter mijn voorkeur om zijn kennis niet aan de rechtspersoon toe te rekenen. De eerste reden daarvoor is dogmatisch. Aan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan pas worden toegekomen indien wordt aangenomen dat de kennis van de bestuurder over zijn eigen fraude geldt als kennis van de rechtspersoon. In het geval dat hier aan de orde is, behoort aan de ex-bestuurder geen beroep toe te komen op de kennis die hij als enige binnen de rechtspersoon bezat en die hij voor collega's verborgen heeft gehouden.<sup>31</sup> Dat zou neerkomen op het belonen van hypocrisie. Het beroep op verjaring kan dus al stranden bij het debat over de start van de verjaringstermijn. Bij toepassing van de derogerende werking wordt deze stap echter overgeslagen, en wordt ervan uitgegaan dat de verjaringstermijn is gaan lopen zodra de bestuurder kennis had van zijn eigen fraude. Het daarop gegronde beroep op verjaring wordt hem alleen ontzegd. De omstandigheden die aanleiding geven tot toepassing van de derogerende werking van de rede-

lijkheid en billijkheid verschillen niet van de omstandigheden die aanleiding geven om de kennis van de bestuurder niet toe te rekenen aan de rechtspersoon. Zijn die omstandigheden aanwezig, dan *kan* het beroep op verjaring niet alleen reeds stranden bij het debat over de start van de verjaringstermijn, maar zou het dat ook *moeten* doen.<sup>32</sup>

Wordt die stap overgeslagen, dan kan begripsverwarring ontstaan. Een op de derogerende werking gebaseerd oordeel wordt al gauw opgevat als: 'de rechtspersoon had kennis van de schade en de aansprakelijke persoon, maar had die tegelijkertijd niet', zo blijkt uit de reacties op de Leukemie-zaak.<sup>33</sup> In die zaak bracht dit A-G Asser tot de uitspraak dat het ontzeggen aan de verzekerde van een beroep op de volle verzekeringsuitkering zou neerkomen op 'een straf op een zonde die zonder effect is gebleven'.<sup>34</sup> Ook voor commentator De Graaf is niet te verenigen dat de verzekeraar weet van de ziekte en tegelijkertijd een juiste voorstelling van zaken mist.<sup>35</sup>

Een praktisch nadeel van de toepassing van de derogerende werking vind ik dat onduidelijk is hoeveel tijd de rechtspersoon heeft om de verjaring te stuiten nadat een andere functionaris de fraude heeft ontdekt. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan niet tot in eeuwigheid aan de bestuurder worden tegengeworpen. Hoeveel tijd de rechtspersoon na ontdekking van de fraude heeft, zal afhangen van alle omstandigheden van het geval. Dit brengt voor de rechtspersoon aanzienlijke rechtsonzekerheid mee. Indien wordt aangenomen dat de rechtspersoon pas bekend raakt met zowel de schade als de aansprakelijke persoon op het moment dat een andere, niet-aansprakelijke functionaris die kennis verkrijgt, gaat op dat moment de verjaringstermijn lopen en heeft de rechtspersoon een vaststaande termijn van vijf jaar voor het stuiten van de verjaring.

### 7 Andere – minder juiste – oplossingen

Er bestaan overigens nog andere manieren om te voorkomen dat de frauderende bestuurder jegens de rechtspersoon een beroep toekomt op verjaring dan het niet-toerekenen van de kennis van de bestuurder aan de rechtspersoon en de toepassing van de derogerende werking. Ik bespreek er hier drie, en leg uit waarom die minder verkieslijk zijn.

Ten eerste kan worden gezegd dat, zolang de bestuurder de relevante informatie verborgen houdt, de rechtspersoon niet daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen. Er is dan niet voldaan aan het criterium van Saelman/VU, zodat de

29. Zie over diverse gevallen waarin de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is toegepast op de bevrijdende verjaring Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/380a.

30. HR 15 februari 1991, NJ 1991/493 m.nt. Van Schilfgaarde.

31. Het toerekenen van de kennis van een functionaris aan een rechtspersoon komt feitelijk neer op het honoreren van een beroep van de wederpartij op de aanwezigheid van die kennis bij de functionaris in kwestie.

32. Wat niet wegneemt dat de rechter in de praktijk de kwestie zal kunnen omzeilen door te oordelen: 'Daargelaten of de rechtsvordering wel is verjaard, geldt in ieder geval dat de verjaring in het onderhavige geval buiten toepassing blijft, omdat die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.'

33. HR 15 februari 1991, NJ 1991/493 m.nt. Van Schilfgaarde.

34. Concl. A-G bij HR 15 februari 1991, NJ 1991/493, par. 3.12.

35. P.S. de Graaf, Toerekening van wetenschap, in: J.B. Huizink e.a. (red.), A-T-D. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P. van Schilfgaarde, Deventer: Kluwer 2000, p. 106.

verjaringstermijn geen aanvang neemt. Dit argument werd ook door curator Huisman gevoerd, alleen in een ander verband.<sup>36</sup> Bij een beroep op Saelman/VU heb ik aarzelingen. Dat komt ten eerste doordat de Hoge Raad het criterium 'daadwerkelijk in staat zijn' heeft ontwikkeld in een heel andere context. Saelman/VU ging over gelaedeerden die weliswaar wisten dat zij schade hadden geleden en ook wie daarvoor aansprakelijk zou zijn indien er een fout of toerekenbare tekortkoming zou zijn gepleegd, maar zich niet realiseerden dat er een fout was gemaakt. Daarnaast is dit criterium bedoeld voor gevallen waarin de gelaedeerde wegens psychische overmacht buiten staat is een rechtsvordering in te stellen, hetgeen moeilijk toepasbaar is op een rechtspersoon.<sup>37</sup> Daaronder valt weliswaar mede de situatie dat het niet geldend kunnen maken van de vordering voortvloeit uit omstandigheden die aan de debiteur moeten worden toegerekend, maar wel om heel andere redenen. De zaak waarin de Hoge Raad dit 'toerekeningscriterium' hanteerde, betrof een slachtoffer van seksueel misbruik voor wie het instellen van een vordering een grote psychische belasting betekende.<sup>38</sup> Ik betwijfel of de door zijn bestuurder bedrogen rechtspersoon daarmee op één lijn zou moeten worden gesteld. Een tweede aarzeling bij de 'daadwerkelijk in staat'-benadering is dat deze exclusief is toegespitst op de bevrijdende verjaring. Ook voor de beoordeling van andere aspecten van de rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en zijn frauderende bestuurder kan van belang zijn wat de rechtspersoon van de fraude wist.<sup>39</sup>

Nog een alternatieve oplossing is een ruime interpretatie van artikel 3:321 lid 1 sub f BW. Dit biedt een verlengingsgrond tussen de schuldeiser en zijn schuldenaar die opzettelijk het bestaan van de schuld of de opeisbaarheid daarvan verborgen houdt. Men zou onder 'verborgen houden' mede kunnen verstaan 'verborgen houden voor andere functionarissen van de rechtspersoon'. De verjaring zou in dat geval worden verlengd tot zes maanden nadat de relevante informatie terecht is gekomen bij andere functionarissen binnen de rechtspersoon die bevoegd zijn om de rechtsvordering te stuiten, of van wie verwacht mag worden dat zij de informatie aan dergelijke functionarissen doorgeleiden. In het nadeel van deze benadering spreekt echter dat artikel 3:321 lid 1 sub f BW niet is geschreven voor verjaringstermijnen die aanvangen met wetenschap van de schuldeiser.<sup>40</sup> Ik betwijfel of een zo ruime uitleg mogelijk is. Bovendien wordt artikel 3:321 lid 1 sub f BW in de rechtspraak restrictief geïnterpreteerd; wellicht restrictiever dan wenselijk is in geval van een verzwijgende bestuurder.<sup>41</sup>

Een laatste oplossing, die ook door Van Andel wordt geopperd, is ietwat omslachtig.<sup>42</sup> Indien de bestuurder verzuimt om ervoor te zorgen dat de rechtspersoon een rechtsvordering tegen hem instelt of de verjaring daarvan stuit, brengt hij de rechtspersoon schade toe. Deze schade bestaat uit de gemiste kans van de rechtspersoon om zich te verhalen op de bestuurder. Men zou dit verzuim kunnen aanmerken als onbehoorlijk bestuur (art. 2:9 lid 2 BW<sup>43</sup>).<sup>44</sup> De hier bedoelde schade ontstaat pas wanneer de kans op verhaal van de oorspronkelijke schade daadwerkelijk voorbij is, dat wil zeggen: zodra de oorspronkelijke rechtsvordering op de bestuurder is verjaard. Op dat moment gaat een nieuwe verjaringstermijn van vijf jaar lopen.<sup>45</sup> In Pluimveeslachterij slaagde een op deze leest geschoeide redenering van de curator niet, maar dat kwam onder meer doordat de bestuurder in kwestie volgens de Hoge Raad er geen rekening mee had hoeven houden dat de verzekering de door de bestuurder veroorzaakte schade niet aan de rechtspersoon zou vergoeden.<sup>46</sup> In die zaak had de bestuurder zijn schadeveroorzakende handelen overigens niet verzwegen (hij was onder invloed van alcohol tegen een boom gereden met een auto van de rechtspersoon). Ik meen dat het verzuim om zichzelf aansprakelijk te (laten) stellen door de rechtspersoon, afhankelijk van de omstandigheden, wel kan gelden als ernstig verwijtbaar handelen en daarmee als grond voor aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. Een fraaie oplossing is het echter niet; de redenering blijft wat gezocht. De hele gedachte achter de verlengingsregeling is nu juist dat je niet realistisch verwijst van een bestuurder kunt verwachten dat hij de rechtspersoon een vordering tegen zichzelf laat instellen.

## 8 Conclusie

Wanneer een bestuurder de rechtspersoon schade toebrengt, kan het gebeuren dat hij erin slaagt dat meer dan vijf jaar voor collega's verborgen te houden. In dat geval brengt de verlengingsregeling van artikel 3:320 jo. art. 3:321 lid 1 sub d BW in beginsel mee dat de rechtsvordering van de rechtspersoon op de (ex-)bestuurder verjaart zes maanden na zijn defungeren – ook als op dat moment nog altijd niemand anders kennis draagt van de schade of de aansprakelijke persoon. De verlengingsregeling veronderstelt dat mét de bestuurder ook de rechtspersoon over die kennis beschikt. Zoals uit het voorgaande blijkt, is die veronderstelling in geval van verborgen informatie onjuist. De kennis van een bestuurder geldt niet per definitie als kennis van de rechtspersoon, maar wordt aan

36. Het 'niet daadwerkelijk in staat zijn' werd niet veroorzaakt doordat de bestuurder informatie achterhield, maar doordat hij niet namens de vennootschap zichzelf aansprakelijk zou stellen.

37. J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 212 (par. 21.2.2.2).

38. HR 23 oktober 1998, NJ 2000/15 (Seksueel misbruik).

39. Bijv. voor de bestuurder van een verzekeringsmaatschappij die bij diezelfde verzekeringsmaatschappij een verzekering afsluit zonder vragenlijst, en daarbij relevante feiten verzwijgt. Vgl. art. 7:928 lid 4 BW.

40. Koopmann 2010/34.2.

41. Zie Koopmann 2010/34.2 en de daar genoemde rechtspraak.

42. Van Andel 2014.

43. Indien het voorstel voor de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen wet wordt: art. 2:9b lid 1 BW.

44. Van een dergelijke redenering is Wezeman voorstander, zij het dat steeds beoordeeld moet worden of het aan de bestuurder gemaakte verwijt voldoende ernstig is; zie zijn annotatie van HR 11 juni 1999, NJ 1999/586 (Pluimveeslachterij) in *Ondernemingsrecht* 1999/62, nr. 2.

45. Is de bestuurder in kwestie ten tijde van het verjaren van de oorspronkelijke rechtsvordering al gedefungeerd, dan is het startmoment van de verjaringstermijn minder duidelijk. Voorstelbaar is dat de nieuwe verjaringstermijn gaat lopen op het moment dat het nieuwe bestuur (of een andere voldoende betrokken en bevoegde functionaris) kennis krijgt van – kort gezegd – de gemiste kans.

46. HR 11 juni 1999, NJ 1999/586.



de rechtspersoon toegerekend. Die toerekening geschiedt op grond van de verkeersopvattingen en aan de hand van alle omstandigheden van het geval. In de omstandigheden zoals geschetst komt de bestuurder naar verkeersopvattingen geen beroep toe op het feit dat hij zelf de relevante wetenschap had.

Er zijn nog meer manieren om de bestuurder een beroep op verjaring te ontzeggen, zoals de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, gebruik van het Saelman-criterium en toepassing van artikel 3:321 lid 1 sub f BW. In deze bijdrage heb ik ook die routes onderzocht. Maar al met al heeft de benadering waarin de kennis van de bestuurder niet aan de rechtspersoon wordt toegerekend, zolang hij erin slaagt de informatie over de schade en de aansprakelijke persoon voor andere functionarissen verborgen te houden, wat mij betreft de beste papieren.